

LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Designación. Acto de retiro del empleado es discrecional no motivado / ACTO DE RETIRO DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO - En época preelectoral debe ser motivado / DESVIACION DE PODER - Acto administrativo de naturaleza discrecional

La Constitución prevé que los directores y responsables de las instituciones, pueden rodearse de personas de su entorno más próximo, es decir de toda su confianza, quienes encarnan y materializan las políticas administrativas y las estrategias del director para el desarrollo de la misión institucional, por lo que el manejo de este grupo especial de personas de confianza debe ser flexible. Por lo que acaba de decirse, la Constitución y la ley han previsto que algunos cargos deban ser de libre nombramiento y remoción, lo cual implica que su permanencia responda a la discrecionalidad del presidente, director, responsable o gerente de la entidad, con amparo en el citado artículo 125 de la Carta. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la posibilidad de que haya empleos de libre nombramiento y remoción, cuyos titulares, por carecer del privilegio de estabilidad, y por no ser de carrera, pueden ser retirados del servicio mediante actos discrecionales no motivados. El fenómeno de la desviación de poder puede presentarse inclusive en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues esta prerrogativa, la discrecionalidad, no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder las directrices y principios previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro de un funcionario, que carece de estabilidad esté inspirado en razones del buen servicio.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 125

PARTICIPACION EN POLITICA - Empleado público / LEY DE GARANTIAS - Prohibición de modificar nómina / DESVIACION DE PODER - Acto administrativo discrecional / EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Ley de garantía electoral

El Acto Legislativo 02 de 2004, en el párrafo transitorio del artículo 4º, mandó que el legislador interviniera, y no de cualquier modo, sino con la expedición de una Ley Estatutaria que atendiera a las nuevas necesidades creadas con la expedición del Acto Legislativo 02 de 1994. Según el literal f) del artículo 152 de la Constitución, una Ley estatutaria debía atender “entre otras” materias, la regulación de la “participación en política de servidores públicos”, lo que evidencia que la reforma constitucional buscó controlar el fenómeno por medio del cual el servicio público pueda ser usado para inclinar la voluntad electoral y menguar la legitimidad de todo tipo de elecciones, en tanto el manejo de la planta de personal puede ser usado para incidir en los resultados electorales, con lo cual se irroga grave perjuicio a la democracia. Habiéndose aclarado que la prohibición consagrada en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, aplica para los cargos de elección popular, y que entre ellos se cuenta la elección de Senadores de la República y de Representantes a la Cámara, no hay duda que los gobernadores de departamentos están llamados a respetar la prohibición de no modificar la nómina de su respectiva entidad, dentro de los cuatro meses anteriores a la elección del Presidente de la República, del Vicepresidente y de los Congresistas, restricción que como es natural, al ser desconocida en el acto aquí demandado conduce a la invalidación de la respectiva actuación administrativa por configurarse la causal de nulidad de infracción de normas superiores contenida en el artículo 84 del C.C.A., modificado por el Decreto No. 2304 de 1989 artículo 14. La desviación de poder no resulta extraña a los actos administrativos de

naturaleza discrecional, por eso, se ha dicho que tal prerrogativa no puede ser fuente de iniquidad, si es que el acto discrecional encubre una actuación guiada por fines ilegales, o excede las razones que inspiran su existencia en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones que apunten al buen servicio, lo que en este caso tampoco quedó demostrado, ni siquiera insinuado en la actividad probatoria. En el pasado la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha anulado designaciones hechas en periodo preelectoral¹, este precedente se ratifica ahora, bajo la consideración de que la restricción impuesta en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, podría ser burlada, si es que se acude al expediente de sustituir empleados de libre nombramiento y remoción, para reemplazarlos por otros, pues la importancia y número de estos cargos, constituiría una posibilidad de eludir los fines de la norma, en particular si se considera que los demás empleados están protegidos por la estabilidad que es propia del régimen de carrera, por lo que la vulnerabilidad en etapas de agitación electoral recae con énfasis en los servidores de libre nombramiento y remoción. Sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, caso en cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si un funcionario de libre nombramiento y remoción interviene abiertamente en política y se compromete la transparencia electoral que la misma ley pretende evitar.

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 02 DE 1994 / LEY 996 DE 2005 - ARTICULO 38 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 84

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792-01(0481-10)

Actor: ROBERTO JARAMILLO CARDENAS

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL - INCODER Y JUAN LUIS TORO ISAZA

Decide la Sala el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 30 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por Roberto

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, Sentencia 18 de octubre de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00420-02(00420), Actor: Dohor Edwin Varón Vivas, Demandado: Gobernador del Departamento del Tolima, Anuló una designación.

Jaramillo Cárdenas, contra el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural "INCODER" y Juan Luís Toro Isaza.

LA DEMANDA

ROBERTO JARAMILLO CÁRDENAS, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo del Tolima, declarar la nulidad del siguiente acto administrativo:

- La Resolución No. 0782 del 10 de abril de 2006, proferida por el Señor Juan Luís Toro Isaza, Gerente General (E) del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, "INCODER", por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento del Doctor Roberto Jaramillo Cárdenas, del cargo de Jefe de Oficina - Código 0137, Grado 15, de la planta global de personal en la Oficina de Enlace Territorial número 5, con sede en la ciudad de Ibagué, en el Departamento del Tolima.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho solicitó:

- Ordenar al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, "INCODER", que reintegre al demandante, en el mismo cargo que venía desempeñando, en idénticas condiciones a las que tenía al momento de su desvinculación, o en otro de igual o superior jerarquía.
- Condenar solidariamente al "INCODER", y al señor Juan Luís Toro Isaza, al pago de los salarios, primas, prima técnica, reajustes o aumentos de sueldo, prestaciones sociales y demás emolumentos que el demandante dejó de percibir, desde la fecha de su desvinculación y hasta que se produzca la restitución en el cargo.
- Declarar que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio desde el momento de la desvinculación, hasta la fecha del reintegro efectivo.
- Ordenar la indexación de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir por el demandante, desde su desvinculación, hasta la fecha efectiva de su reintegro, conforme lo ordena el artículo 178 del C.C.A.

- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

Las pretensiones tienen apoyo en los hechos que enseguida se sintetizan:

Mediante la Resolución No. 2046 del 9 de noviembre de 2005, suscrita por el Gerente General del "INCODER, el demandante Roberto Jaramillo Cárdenas, recibió la designación como Jefe de la Oficina, Código 0137, Grado 15, en la Oficina de Enlace Territorial No. 5, de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, con sede en la ciudad de Ibagué (Tolima). De ese destino tomó posesión el día 15 de noviembre de 2005.

Durante la gestión del demandante, como Jefe de la Oficina de Enlace Territorial No. 5 del "INCODER", se desempeñó con excelencia en las funciones propias de su cargo.

Aconteció entonces que el día 10 de abril de 2006, fueron citados todos los Jefes de Oficina de Enlace Territorial, al Despacho de la Gerencia General del "INCODER", entre ellos el señor Jaramillo Cárdenas, allí en presencia del Doctor Ramiro Escudero, Coordinador de Talento Humano de la entidad, el Gerente le manifestó la decisión de declarar insubsistente su nombramiento como jefe de la oficina, todo, según se dijo, en cumplimiento de las órdenes del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, en consecuencia se le hizo entrega del acto administrativo en el que se declaró la cesación en el cargo.

Contra la determinación de dejarlo insubsistente, el actor interpuso oportunamente el recurso de reposición. Mediante providencia tomada el 14 de junio del 2006, la entidad, mantuvo la decisión y le informó que contra dicho acto no procedía recurso alguno.

El acto de insubsistencia del cargo que ostentaba el demandante, se produjo bajo la vigencia de la Ley 996 de 2005, por medio de la cual, se congelaron las nóminas en todas las entidades públicas de la rama ejecutiva de la Nación y las entidades territoriales, durante los cuatro meses anteriores a la realización de las elecciones para Presidente y Vicepresidente de la República, lo que implica que no podían existir nombramientos, pero tampoco declaratorias de insubsistencias en los cargos públicos, entre el día 28 de enero de

2006 y el 28 de mayo de 2006, toda vez que en la última fecha el Presidente Álvaro Uribe Vélez, fue reelegido y no hubo segunda vuelta.

El actor devengaba la suma de \$3.242.320.00 por concepto de sueldo básico; \$1.002.525.00 de prima técnica mensual que constituye factor salarial, para un total devengado mensualmente de \$4.244.845.00, a lo cual, hay que añadir los demás emolumentos, tales como viáticos, prestaciones sociales, vacaciones, primas, bonificaciones, entre otros.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 2º 6º, 25, 29, y 209.

De la Ley 996 de 2005, el artículo 32, y el inciso 4º, del párrafo del artículo 38.

Del Decreto 770 de 2005, el inciso 1º del artículo 2º.

De la Ley 909 de 2004, el numeral 1º del artículo 19.

Del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 26 inciso 1º.

Para desarrollar el concepto de violación, el demandante estima que la Resolución demandada viola de manera directa el artículo 32 y el inciso 4º del párrafo del artículo 38, ambos de la Ley 996 de 2005, conocida como Ley de Garantías Electorales, esto, debido a que las citadas normas prohíben de manera expresa cualquier modificación de la nómina estatal durante los 4 meses anteriores a las elecciones presidenciales, es decir, entre el 28 de enero y el 28 de mayo de 2006.

Para el demandante, quienes expidieron el acto administrativo demandado se apartaron del interés general, y de las finalidades de la administración pública, pues su despido nada tuvo que ver con la mejora del servicio, entonces la insubsistencia se originó en que el funcionario según el Gerente General (E), no era útil para el proceso electoral reeleccionista que se estaba viviendo por esa época.

Denuncia entonces que hubo desconocimiento de la Constitución y la ley, por cuanto el Gerente se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, las que se encontraban expresamente limitadas, por lo que no podía declarar la

insubsistencia de ningún empleado de la rama ejecutiva, en el periodo previo al debate comicial para la Presidencia de la República.

La declaración de insubsistencia que recayó en contra del demandante no puede entonces tener motivaciones distintas de las circunstancias políticas. Invoca el demandante, sin citar estrictamente, que esa ha sido la opinión del Consejo de Estado, que en repetidas oportunidades, ha sostenido que la desvinculación en casos semejantes encaja perfectamente en el concepto de desvío de poder, circunstancia que conduce necesariamente a la nulidad de los actos demandados.

Por último, señala el actor que las imputaciones que se le hicieron fueron de carácter genérico, que recayeron contra los jefes de entidades territoriales del "INCODER", sin que se hubiera abierto investigación preliminar punitiva alguna. Concluye en que se decretó la insubsistencia de manera expresa, y así se afirmó en los medios de comunicación, como un acto sancionatorio y de escarmiento ante la opinión pública en general.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

1.- La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, con apoyo en las siguientes razones (Fls. 47 a 51):

Pretexta carencia de legitimación, con fundamento en que el Gerente General del "INCODER" está relevado de fundamentar los motivos por los cuales declaró insubsistente del señor Jaramillo Cárdenas, para lo cual invoca el artículo 10º del Decreto No. 1950 de 1973, y la doctrina general, que si bien establece la obligación de motivar los actos administrativos, reconoce que la ley puede establecer excepciones. Así lo admitió la Corte Constitucional, en sentencia SU No. 250, expediente de tutela 134192 del 26 de mayo de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez C.

Afirma que carece de razón el demandante, al pretender que siendo su cargo de libre nombramiento y remoción, se obligue al gerente a motivar la decisión de declaración de insubsistencia, cuando del mismo modo no se procedió cuando se hizo el nombramiento, pues entonces no obedeció a un concurso de méritos, así como tampoco fue inscrito en carrera administrativa.

Afirma la demandada que no hubo el perjuicio que reclama el demandante, pues no se allegó al proceso prueba alguna del daño irrogado.

2.- El señor Juan Luís Toro Isaza, intentó replicar a las pretensiones de la demanda, pero no lo hizo a través de apoderado, razón por la cual el *a quo*, no tuvo en cuenta su contestación a la demanda (Fl. 113).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo del Tolima, accedió a las pretensiones de la demanda, lo que hizo con fundamento en las siguientes consideraciones (Fls. 151 a 167):

Para el Tribunal, la Resolución No. 0782 de fecha 10 de abril de 2006, que declaró insubsistente el nombramiento del señor JARAMILLO CARDENAS, se emitió dentro del término de los cuatro (04) meses anteriores a la elección del Presidente y Vicepresidente de la República de Colombia con violación del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, y sin probar alguna de las excepciones consagradas en la misma disposición; razón por la cual accedió a las pretensiones de la demanda. Como soporte de sus argumentos se remitió al concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, radicación No. 11001-03-06-000-200600019-00 (1720) del 17 de febrero de 2006, que se ocupó del tema.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La entidad demandada interpuso el recurso de apelación contra la Sentencia, impugnación apoyada en los siguientes argumentos (Fl. 177 a 182):

Señala que cuando hubo la desvinculación, el demandante ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, por ello, no se hallaba inscrito en la carrera administrativa, no gozaba de período fijo, ni tenía a su favor ningún otro fuero de estabilidad en su cargo.

Por ello, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento, sin motivación, de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto confiere la ley al nominador.

Sostiene la entidad demandada, que el acto administrativo discrecional se debe entender como aquél en el que la administración actúa dentro de un margen de libertad, que si bien no es absoluta no puede reducirse a la nada, pues no está constreñida por normas legales totalmente, sino por la finalidad jurídica que se busca cumplir de la mejor manera, en defensa del interés público; lo que hace mediante la valoración de determinados hechos, situaciones y necesidades, guiado por datos sobre la oportunidad y la conveniencia para la satisfacción de la mejor manera los fines, siempre respetando las reglas de la moral y del interés público.

Agrega que el demandante no probó que con la expedición del acto administrativo impugnado, se estuviera vulnerando la prestación del servicio y de contera desconociendo los fines del Estado.

Manifiesta que el objeto de la Ley 996 del 2005, es la de garantizar que las elecciones para presidente se realicen en condiciones equitativas y democráticas. Es decir, es una finalidad netamente política, más no entra a modificar, cambiar o limitar, las atribuciones que tiene la administración con respecto a los empleados de libre nombramiento y remoción, ni restringir la posibilidad de declarar la insubsistencia de un cargo sin motivar el acto que la profiere, como erradamente dedujo el Tribunal.

Igualmente, el artículo 38 de la Ley 996 del 2005 establece taxativamente las prohibiciones impuestas a los servidores públicos, entre ellas aparece el numeral 5º, según el cual no se pueden despedir funcionarios de carrera administrativa por razones del buen servicio, es decir, la norma establece en qué casos no se puede retirar a un empleado de carrera administrativa, pero no consagra en ningún momento prohibición específica sobre los empleados de libre nombramiento y remoción, precisamente en aras de no quitarle la facultad discrecional que tiene la administración para retirarlos del servicio, y hacerlo sin motivación alguna.

A juicio de la parte demandada, el Tribunal interpretó extensivamente la ley para supuestamente amparar a los empleados de libre nombramiento y remoción, cuando la ley trata de una protección a los empleados de carrera administrativa.

Además de lo anterior, debe precisarse que el párrafo del inciso 4º, refiere que no se puede modificar la nómina estatal, y en su parte final establece unas excepciones que restringen la vinculación pero no al retiro del personal. En suma la restricción a la modificación de la planta de personal, como establece el artículo 32 de la citada ley, se refiere a la limitación para hacer designaciones y no para disponer retiros del personal.

El artículo 32 de la Ley 996 del 2005, establece una restricción específica que atañe a la vinculación, no al retiro. Es decir, lo que la ley prohíbe es la designación de nuevo personal durante el tiempo de veda, pero no impide desvincular personal como efectivamente se hizo en el caso presente. Y más aún, con las normas excepcionales no se modifican las normas que regulan la desvinculación de los empleados de libre nombramiento y remoción.

En el caso que nos ocupa, no se demostró que la actuación del “INCODER” estuviera inspirada en la cruda desviación de poder, sino que el Tribunal simplemente así lo declaró, en razón a que se desvinculó al señor Roberto Jaramillo en vigencia de la Ley 996 de 2005, argumento éste insuficiente para acreditar que hubo desviación de poder.

EI CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público, omitió contribuir con sus reflexiones para ilustrar mejor esta controversia.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico por resolver, consiste en establecer si se encuentra ajustada a derecho la decisión del Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural “INCODER”, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento del demandante, lo que sucedió mediante la Resolución No. de 0782 de 10 de abril de 2006, proferida por el Gerente General de la entidad, que ha sido acusada.

Para decidir el presente asunto es menester abordar los siguientes aspectos: **1.-** El tipo de vinculación que ostentaba el demandante en el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural “INCODER”; **2.-** Si la prohibición de alterar la nómina en época preelectoral, por disposición de la Ley 996 de 2005, de garantías

electorales, comprende los cargos de libre nombramiento y remoción, y si por tanto hubo ilicitud y desviación de poder, en la expedición del acto de desvinculación del demandante.

Para desatar la cuestión que exige la atención de la Sala, se encuentran probados los siguientes hechos:

- Copia de la Resolución No. 2046 de 9 de noviembre de 2005, por la cual se nombró al señor Roberto Jaramillo Cárdenas, como Jefe de la Oficina, código 0137, grado 15 de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER (Fl. 4).

- Copia de la Resolución No. 0782 de 10 de abril de 2006, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Jefe de la Oficina, código 0137, grado 15, de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER (Fl. 6).

- Se allegó el Oficio del 14 de junio de 2006 expedido por el Gerente General encargado del INCODER, mediante el cual se decidió el recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 0782 de 10 de abril de 2006 (Fl. 12).

1.- El tipo de vinculación laboral del demandante en el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural - INDER.

Cuando se produjo el retiro del empleado de la entidad demandada, el señor Roberto Jaramillo Cárdenas, desempeñaba el cargo de Jefe de la Oficina, código 0137, Grado 15, de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER.

El acto administrativo, esto es la Resolución No. 2046 del 9 de noviembre de 2005, textualmente reza:

“ARTÍCULO PRIMERO- Nombrar al Doctor ROBERTO JARAMILLO CARDENAS, identificado con la cedula de ciudadanía número 14.224.995 expedida en la ciudad de Ibagué (Tolima), para que desempeñe el cargo de libre nombramiento y remoción como JEFE DE OFICINA, código 0137, Grado 15, de la planta Global de Personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER, en la OFICINA DE ENLACE

TERRITORIAL N° 5 con sede en la ciudad de Ibagué (Tolima), con una asignación básica mensual de \$3.087.923”(resaltado fuera del texto).

Se colige de lo anterior que el cargo desempeñado por el demandante, era de libre nombramiento y remoción, designación que tiene amparo normativo en el artículo 125 de la Constitución Política². Este precepto, establece como regla general que los servidores del Estado sean incorporados mediante el sistema de méritos y además que permanezcan en el cargo, mientras no hayan incurrido en las causales específicas de retiro previstas por el legislador. No obstante, la Constitución también prevé que los directores y responsables de las instituciones, pueden rodearse de personas de su entorno más próximo, es decir de toda su confianza, quienes encarnan y materializan las políticas administrativas y las estrategias del director para el desarrollo de la misión institucional, por lo que el manejo de este grupo especial de personas de confianza debe ser flexible. Por lo que acaba de decirse, la Constitución y la ley han previsto que algunos cargos deban ser de libre nombramiento y remoción, lo cual implica que su permanencia responda a la discrecionalidad del presidente, director, responsable o gerente de la entidad, con amparo en el citado artículo 125 de la Carta.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la posibilidad de que haya empleos de libre nombramiento y remoción, cuyos titulares, por carecer del privilegio de estabilidad, y por no ser de carrera, pueden ser retirados del servicio mediante actos discrecionales no motivados. Así en la sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, esa Corporación dejó sentado:

"En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador

De otro lado, el artículo 107 del Decreto No. 1950 de 1973, otorga al nominador la potestad discrecional de poner fin a la relación laboral; dispone la norma que:

"En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la

² "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (...)"

facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.”

Entonces esa facultad discrecional permite que los empleados de libre nombramiento y remoción puedan ser retirados de sus funciones, con el fin de garantizar el buen servicio público, es decir, ese vínculo no genera ningún tipo de estabilidad, a excepción de la existencia de una limitación de orden legal, la cual debe ser alegada y demostrada, cuando el asunto transita al examen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ahora bien, el examen de las pruebas señala nítidamente que el demandante desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción, es decir que no pertenece a la carrera administrativa y por lo mismo carece de estabilidad. En armonía con lo dicho, una ley creada con el propósito de proteger a los funcionarios de carrera en principio no podría crear estabilidad a los funcionarios que carecen de ella.

2.- La incidencia de la Ley 996 de 2005, de garantías electorales, y si hay discrecionalidad para el retiro de empleados de libre nombramiento y remoción en época preelectoral.

En los términos establecidos en el artículo 84 del C.C.A., esta causal de anulación de los actos, impone analizar la legalidad de los actos desde su propia finalidad. Al respecto, reitera ahora la Sección, lo dicho en la sentencia de 12 de febrero de 2009, C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 3009-2004, actor: Ángel Ovidio Buitrago Leguizamón, providencia en la que se dejó sentado lo siguiente:

“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.”.

Con base en las anteriores premisas, la Sala abordará el cargo de desviación de poder de que se acusa a la Administración y que fuera alegado por el demandante.

En términos generales, el fenómeno de la desviación de poder puede presentarse inclusive en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues esta prerrogativa, la discrecionalidad, no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder las directrices y principios previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro de un funcionario, que carece de estabilidad esté inspirado en razones del buen servicio³.

Para decidir este asunto corresponde fijar el exacto sentido de la expresión “elecciones a cargos de elección popular” a que alude el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, para averiguar si el periodo que impone una interdicción para hacer nombramientos comprende absolutamente a todos los certámenes comiciales que se celebran en la República, o tiene un alcance menor, y si se extiende a los empleos de libre nombramiento y remoción. El epígrafe que distingue el objetivo de la norma, es decir de la Ley 996 de 2005, busca reglamentar “...a elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”. El propósito que inspira la expedición de la ley se enuncia en el artículo 1º, según el cual:

“La presente ley tiene como propósito definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición”⁴

Mediante el Acto Legislativo 02 del 27 de diciembre de 2004, se modificó la Constitución Política de 1991, para dar paso a la Reelección del Presidente y Vicepresidente de la República. Como complemento de dicha reforma a la Carta

³ Al respecto, dispone el artículo 36 del C.C.A.: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

⁴ La norma comentada fue sometida al examen de constitucionalidad, el que superó exitosamente pues su espíritu se acompasaba con la enmienda constitucional, es decir con el Acto Legislativo 02 de 2004. Dijo la Corte Constitucional cuando examinó el precepto: “Así las cosas, el campo de aplicación que el proyecto de ley estatutaria describe en su primer artículo no excede el espectro jurídico fijado por la Constitución Política pues ésta le encomendó a la ley estatutaria que fijara las pautas de equilibrio electoral en todo tipo de elecciones presidenciales, incluso en las que el presidente decida no proponer su nombre para una reelección” (Sentencia C-1153 de 2005).

se vio la necesidad de restringir y regular la participación de los servidores públicos, mediante la introducción de prohibiciones absolutas de participación política. De la misma manera era imprescindible tomar en cuenta que si el Presidente y Vicepresidente de la República eran candidatos a la reelección debían establecerse normas especiales.

En un intento de preservar la igualdad entre el candidato Presidente de la República y los demás ciudadanos que aspiraran a ocupar esa dignidad, el artículo 4º del Acto Legislativo 02 de 2004, dispuso la expedición de una Ley estatutaria, adicionado el artículo 152 de la Constitución. Dicha norma preceptúa:

“Adicionase al artículo 152 de la Constitución un literal f) y un párrafo transitorio así: (...) f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley. PARAGRAFO TRANSITORIO. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o de marzo de 2005, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República. (...)”

El constituyente derivado, consciente de la alteración objetiva de las condiciones de igualdad entre el ciudadano Presidente y los demás Colombianos que disputaran el favor electoral, intentó rodear garantías y dispuso algunas restricciones. A pesar de que la reelección presidencial fue el motor de la expedición de la ley de garantías electorales, y la reforma constitucional que la antecedió, la finalidad de un estatuto de ese linaje debe ir más allá en la búsqueda afanosa de proscribir las maniobras políticas que buscan poner los cargos públicos al servicio de causas electorales. El Acto Legislativo 02 de 2004, en el párrafo transitorio del artículo 4º, mandó que el legislador interviniera, y no de cualquier modo, sino con la expedición de una Ley Estatutaria que atendiera a las nuevas necesidades creadas con la expedición del Acto Legislativo 02 de 1994. Según el literal f) del artículo 152 de la Constitución, una Ley estatutaria debía atender “entre otras” materias, la regulación de la “participación en política de servidores públicos”, lo que evidencia que la reforma constitucional buscó controlar el fenómeno por medio del cual el servicio público pueda ser usado para inclinar la voluntad electoral y menguar la legitimidad de todo tipo de elecciones,

en tanto el manejo de la planta de personal puede ser usado para incidir en los resultados electorales, con lo cual se irroga grave perjuicio a la democracia.

Así las cosas, estas normas que depuran los procesos electorales, desarrollan importantísimos principios de ética política y por lo mismo su aplicación extensiva a todos los procesos electorales favorece la democracia, en la medida en que introduce transparencia en los certámenes comiciales alejando estrategias, conductas y costumbres que conspiran contra la pureza del sufragio. La reelección presidencial ponía en un riesgo mayor la dignidad del voto, por ello el legislador al expedir la Ley 996 de 2005, siguiendo el mandato del Constituyente, en el artículo 1º, no se circunscribía la Reelección del Presidente y Vicepresidente de la República. Así, en la definición de los objetivos de la Ley claramente se dijo que ella *“Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición”*. Por consiguiente, el objeto de la ley comentada no quedó reducido a los comicios para Presidente y Vicepresidente de la República, sino que es aplicable a todos los certámenes electorales, es decir a los comicios para el Congreso de la República, Gobernaciones, Alcaldías, Asambleas, Concejos y Juntas Administradoras Locales.

El rastreo de los antecedentes del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2006, revelan que en el Acta de Conciliación al Proyecto de Ley 216 de 2005 Senado, 352 de 2005 Cámara, los miembros de la comisión de conciliación informaron a los Presidentes de ambas Cámaras, que adicionaban una propuesta para que los Gobernadores, Alcaldes Municipales, Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, tuvieran las mismas limitaciones claras y expresas para la contratación, vinculación, inauguración de obras públicas, utilización de bienes muebles e inmuebles de sus respectivas entidades, lo que indica que aquellos funcionarios quedaban cobijados por las restricciones para la vinculación de personal. En la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes de 14 de junio de 2005, se propuso incluir a los gobernadores y alcaldes municipales y distritales en las prohibiciones en la etapa preelectoral de cualquiera de los cargos de Presidente, Vicepresidente, Congreso, concejales y asambleas.

Estos antecedentes, de los que en el pasado se ha valido el Consejo de Estado⁵, como referente sobre la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 996 de 2005, que el inciso final del artículo 38, prohíbe modificar la nómina de los entes territoriales dentro de los cuatro meses que preceden “a las elecciones a cargos de elección popular”, comprende las elecciones a los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, y los demás cargos de elección popular, esto es Congresistas, Gobernadores, Alcaldes Municipales o Distritales, Diputados a las Asambleas Departamentales, Concejales Distritales o Municipales y Miembros de Juntas Administradoras Locales.

De otro lado, la Ley Estatutaria No. 996 de 2005, justamente en el inciso final del párrafo del artículo 38, fue estudiada por la Corte Constitucional⁶ que en el examen de constitucionalidad de la ley expresó los siguientes razonamientos:

“b. Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos (...) La Sala observa que todas las limitaciones previstas en el artículo 38 están claramente encaminadas a garantizar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución, en particular la moralidad, la imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones. En esa medida, en términos generales, el artículo 38 no contraría disposición alguna de la Carta, sino que la desarrolla. (...) Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, 18 de octubre de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00420-02(00420), Actor: Dohor Edwin Varón Vivas, Demandado: Gobernador del Departamento del Tolima, Anuló una designación.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.

Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos. Por tanto, el inciso cuarto del párrafo del artículo 38 será declarado exequible”

Habiéndose aclarado que la prohibición consagrada en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, aplica para los cargos de elección popular, y que entre ellos se cuenta la elección de Senadores de la República y de Representantes a la Cámara, no hay duda que los gobernadores de departamentos están llamados a respetar la prohibición de no modificar la nómina de su respectiva entidad, dentro de los cuatro meses anteriores a la elección del Presidente de la República, del Vicepresidente y de los Congresistas, restricción que como es natural, al ser desconocida en el acto aquí demandado conduce a la invalidación de la respectiva actuación administrativa por configurarse la causal de nulidad de infracción de normas superiores contenida en el artículo 84 del C.C.A., modificado por el Decreto No. 2304 de 1989 artículo 14.

La desviación de poder no resulta extraña a los actos administrativos de naturaleza discrecional, por eso, se ha dicho que tal prerrogativa no puede ser fuente de iniquidad, si es que el acto discrecional encubre una actuación guiada por fines ilegales, o excede las razones que inspiran su existencia en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones que apunten al buen servicio⁷, lo que en este caso tampoco quedó demostrado, ni siquiera insinuado en la actividad probatoria.

En el pasado la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha anulado designaciones hechas en periodo preelectoral⁸, este precedente se ratifica ahora⁹, bajo la consideración de que la restricción impuesta en la Ley Estatutaria de Garantías

⁷ Al respecto, dispone el artículo 36 del C.C.A.: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, Sentencia 18 de octubre de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00420-02(00420), Actor: Dohor Edwin Varón Vivas, Demandado: Gobernador del Departamento del Tolima, Anuló una designación.

⁹ En el mismo sentido puede citarse la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejera ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, Sentencia de 10 de mayo de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00419-01(0419)

Electoral, podría ser burlada, si es que se acude al expediente de sustituir empleados de libre nombramiento y remoción, para reemplazarlos por otros, pues la importancia y número de estos cargos, constituiría una posibilidad de eludir los fines de la norma, en particular si se considera que los demás empleados están protegidos por la estabilidad que es propia del régimen de carrera, por lo que la vulnerabilidad en etapas de agitación electoral recae con énfasis en los servidores de libre nombramiento y remoción.

Esta restricción para depurar el ejercicio democrático en épocas preelectorales, ha sido tan celosamente resguardada, que ni siquiera es posible llenar las vacantes en cargos recientemente creados. Así se expresó la Sala de Consulta y Servicio Civil, al ser inquirida sobre el alcance de la limitación:

“En vigencia de las restricciones impuestas por el artículo 32 de la ley 996 de 2005 se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante el término allí previsto, lo cual incluye los nombramientos para proveer cargos creados por primera vez. Tales cargos, en los términos expuestos en este concepto, en manera alguna pueden considerarse “vacancias definitivas” que puedan ser provistas.”¹⁰

Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, caso en cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si un funcionario de libre nombramiento y remoción interviene abiertamente en política y se compromete la transparencia electoral que la misma ley pretende evitar.

Entonces, acertó el Tribunal al acoger las pretensiones de la demanda, pues no podía el nominador, así se tratase de un cargo de libre nombramiento y remoción, superar las limitaciones impuestas en la ley de garantías electorales para modificar la nómina de los servidores públicos comprendidos en la limitación.

Por lo dicho se confirmará la decisión impugnada.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, Concepto de 18 de febrero de 2010, Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00006-00(1985)A, Actor: Departamento Administrativo de la Función Pública, Referencia: Función Pública. Ley 996 de 2005. Prohibiciones temporales para provisión de cargos públicos.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 30 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por Roberto Jaramillo Cárdenas contra el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural – Incoder y Juan Luis Toro Isaza, por las razones expuestas en la porte motiva de esta decisión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

farf

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN “B”**

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

Bogotá D.C., once (11) de noviembre de dos mil diez (2010).

EXPEDIENTE No. 73001233100020060179201
No. INTERNO: 0481-2010
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: ROBERTO JARAMILLO CÁRDENAS

Decide la Sala el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 30 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por Roberto Jaramillo Cárdenas, contra el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural “INCODER” y Juan Luís Toro Isaza.

LA DEMANDA

ROBERTO JARAMILLO CÁRDENAS, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo del Tolima, declarar la nulidad del siguiente acto administrativo:

- La Resolución No. 0782 del 10 de abril de 2006, proferida por el Señor Juan Luís Toro Isaza, Gerente General (E) del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, “INCODER”, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento del Doctor Roberto Jaramillo Cárdenas, del cargo de Jefe de Oficina - Código 0137, Grado 15, de la planta global de personal en la Oficina de Enlace Territorial número 5, con sede en la ciudad de Ibagué, en el Departamento del Tolima.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho solicitó:

- Ordenar al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, “INCODER”, que reintegre al demandante, en el mismo cargo que venía desempeñando, en

idénticas condiciones a las que tenía al momento de su desvinculación, o en otro de igual o superior jerarquía.

- Condenar solidariamente al “INCODER”, y al señor Juan Luís Toro Isaza, al pago de los salarios, primas, prima técnica, reajustes o aumentos de sueldo, prestaciones sociales y demás emolumentos que el demandante dejó de percibir, desde la fecha de su desvinculación y hasta que se produzca la restitución en el cargo.
- Declarar que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio desde el momento de la desvinculación, hasta la fecha del reintegro efectivo.
- Ordenar la indexación de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir por el demandante, desde su desvinculación, hasta la fecha efectiva de su reintegro, conforme lo ordena el artículo 178 del C.C.A.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

Las pretensiones tienen apoyo en los hechos que enseguida se sintetizan:

Mediante la Resolución No. 2046 del 9 de noviembre de 2005, suscrita por el Gerente General del “INCODER”, el demandante Roberto Jaramillo Cárdenas, recibió la designación como Jefe de la Oficina, Código 0137, Grado 15, en la Oficina de Enlace Territorial No. 5, de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, con sede en la ciudad de Ibagué (Tolima). De ese destino tomó posesión el día 15 de noviembre de 2005.

Durante la gestión del demandante, como Jefe de la Oficina de Enlace Territorial No. 5 del “INCODER”, se desempeñó con excelencia en las funciones propias de su cargo.

Aconteció entonces que el día 10 de abril de 2006, fueron citados todos los Jefes de Oficina de Enlace Territorial, al Despacho de la Gerencia General del “INCODER”, entre ellos el señor Jaramillo Cárdenas, allí en presencia del Doctor Ramiro Escudero, Coordinador de Talento Humano de la entidad, el Gerente le manifestó la decisión de declarar insubsistente su nombramiento como jefe de la oficina, todo, según se dijo, en cumplimiento de las órdenes del Ministro de

Agricultura y Desarrollo Rural, en consecuencia se le hizo entrega del acto administrativo en el que se declaró la cesación en el cargo.

Contra la determinación de dejarlo insubsistente, el actor interpuso oportunamente el recurso de reposición. Mediante providencia tomada el 14 de junio del 2006, la entidad, mantuvo la decisión y le informó que contra dicho acto no procedía recurso alguno.

El acto de insubsistencia del cargo que ostentaba el demandante, se produjo bajo la vigencia de la Ley 996 de 2005, por medio de la cual, se congelaron las nóminas en todas las entidades públicas de la rama ejecutiva de la Nación y las entidades territoriales, durante los cuatro meses anteriores a la realización de las elecciones para Presidente y Vicepresidente de la República, lo que implica que no podían existir nombramientos, pero tampoco declaratorias de insubsistencias en los cargos públicos, entre el día 28 de enero de 2006 y el 28 de mayo de 2006, toda vez que en la última fecha el Presidente Álvaro Uribe Vélez, fue reelegido y no hubo segunda vuelta.

El actor devengaba la suma de \$3.242.320.00 por concepto de sueldo básico; \$1.002.525.00 de prima técnica mensual que constituye factor salarial, para un total devengado mensualmente de \$4.244.845.00, a lo cual, hay que añadir los demás emolumentos, tales como viáticos, prestaciones sociales, vacaciones, primas, bonificaciones, entre otros.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 2º 6º, 25, 29, y 209.

De la Ley 996 de 2005, el artículo 32, y el inciso 4º, del párrafo del artículo 38.

Del Decreto 770 de 2005, el inciso 1º del artículo 2º.

De la Ley 909 de 2004, el numeral 1º del artículo 19.

Del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 26 inciso 1º.

Para desarrollar el concepto de violación, el demandante estima que la Resolución demandada viola de manera directa el artículo 32 y el inciso 4º del párrafo del artículo 38, ambos de la Ley 996 de 2005, conocida como Ley de Garantías Electorales, esto, debido a que las citadas normas prohíben de manera expresa

cualquier modificación de la nómina estatal durante los 4 meses anteriores a las elecciones

presidenciales, es decir, entre el 28 de enero y el 28 de mayo de 2006.

Para el demandante, quienes expidieron el acto administrativo demandado se apartaron del interés general, y de las finalidades de la administración pública, pues su despido nada tuvo que ver con la mejora del servicio, entonces la insubsistencia se originó en que el funcionario según el Gerente General (E), no era útil para el proceso electoral reeleccionista que se estaba viviendo por esa época.

Denuncia entonces que hubo desconocimiento de la Constitución y la ley, por cuanto el Gerente se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, las que se encontraban expresamente limitadas, por lo que no podía declarar la insubsistencia de ningún empleado de la rama ejecutiva, en el periodo previo al debate comicial para la Presidencia de la República.

La declaración de insubsistencia que recayó en contra del demandante no puede entonces tener motivaciones distintas de las circunstancias políticas. Invoca el demandante, sin citar estrictamente, que esa ha sido la opinión del Consejo de Estado, que en repetidas oportunidades, ha sostenido que la desvinculación en casos semejantes encaja perfectamente en el concepto de desvío de poder, circunstancia que conduce necesariamente a la nulidad de los actos demandados.

Por último, señala el actor que las imputaciones que se le hicieron fueron de carácter genérico, que recayeron contra los jefes de entidades territoriales del "INCODER", sin que se hubiera abierto investigación preliminar punitiva alguna. Concluye en que se decretó la insubsistencia de manera expresa, y así se afirmó en los medios de comunicación, como un acto sancionatorio y de escarmiento ante la opinión pública en general.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

1.- La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, con apoyo en las siguientes razones (Fls. 47 a 51):

Pretexta carencia de legitimación, con fundamento en que el Gerente General del “INCODER” está relevado de fundamentar los motivos por los cuales declaró insubsistente del señor Jaramillo Cárdenas, para lo cual invoca el artículo 10º del Decreto No. 1950 de 1973, y la doctrina general, que si bien establece la obligación de motivar los actos administrativos, reconoce que la ley puede establecer excepciones. Así lo admitió la Corte Constitucional, en sentencia SU No. 250, expediente de tutela 134192 del 26 de mayo de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez C.

Afirma que carece de razón el demandante, al pretender que siendo su cargo de libre nombramiento y remoción, se obligue al gerente a motivar la decisión de declaración de insubsistencia, cuando del mismo modo no se procedió cuando se hizo el nombramiento, pues entonces no obedeció a un concurso de méritos, así como tampoco fue inscrito en carrera administrativa.

Afirma la demandada que no hubo el perjuicio que reclama el demandante, pues no se allegó al proceso prueba alguna del daño irrogado.

2.- El señor Juan Luís Toro Isaza, intentó replicar a las pretensiones de la demanda, pero no lo hizo a través de apoderado, razón por la cual el *a quo*, no tuvo en cuenta su contestación a la demanda (Fl. 113).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo del Tolima, accedió a las pretensiones de la demanda, lo que hizo con fundamento en las siguientes consideraciones (Fls. 151 a 167):

Para el Tribunal, la Resolución No. 0782 de fecha 10 de abril de 2006, que declaró insubsistente el nombramiento del señor JARAMILLO CARDENAS, se emitió dentro del término de los cuatro (04) meses anteriores a la elección del Presidente y Vicepresidente de la República de Colombia con violación del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, y sin probar alguna de las excepciones consagradas en la misma disposición; razón por la cual accedió a las pretensiones de la demanda. Como soporte de sus argumentos se remitió al concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, radicación

No. 11001-03-06-000-200600019-00 (1720) del 17 de febrero de 2006, que se ocupó del tema.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La entidad demandada interpuso el recurso de apelación contra la Sentencia, impugnación apoyada en los siguientes argumentos (Fl. 177 a 182):

Señala que cuando hubo la desvinculación, el demandante ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, por ello, no se hallaba inscrito en la carrera administrativa, no gozaba de período fijo, ni tenía a su favor ningún otro fuero de estabilidad en su cargo.

Por ello, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento, sin motivación, de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto confiere la ley al nominador.

Sostiene la entidad demandada, que el acto administrativo discrecional se debe entender como aquél en el que la administración actúa dentro de un margen de libertad, que si bien no es absoluta no puede reducirse a la nada, pues no está constreñida por normas legales totalmente, sino por la finalidad jurídica que se busca cumplir de la mejor manera, en defensa del interés público; lo que hace mediante la valoración de determinados hechos, situaciones y necesidades, guiado por datos sobre la oportunidad y la conveniencia para la satisfacción de la mejor manera los fines, siempre respetando las reglas de la moral y del interés público.

Agrega que el demandante no probó que con la expedición del acto administrativo impugnado, se estuviera vulnerando la prestación del servicio y de contera desconociendo los fines del Estado.

Manifiesta que el objeto de la Ley 996 del 2005, es la de garantizar que las elecciones para presidente se realicen en condiciones equitativas y democráticas. Es decir, es una finalidad netamente política, más no entra a modificar, cambiar o limitar, las atribuciones que tiene la administración con respecto a los empleados de libre nombramiento y remoción, ni restringir la posibilidad de declarar la

insubsistencia de un cargo sin motivar el acto que la profiere, como erradamente dedujo el Tribunal.

Igualmente, el artículo 38 de la Ley 996 del 2005 establece taxativamente las prohibiciones impuestas a los servidores públicos, entre ellas aparece el numeral 5º, según el cual no se pueden despedir funcionarios de carrera administrativa por razones del buen servicio, es decir, la norma establece en qué casos no se puede retirar a un empleado de carrera administrativa, pero no consagra en ningún momento prohibición específica sobre los empleados de libre nombramiento y remoción, precisamente en aras de no quitarle la facultad discrecional que tiene la administración para retirarlos del servicio, y hacerlo sin motivación alguna.

A juicio de la parte demandada, el Tribunal interpretó extensivamente la ley para supuestamente amparar a los empleados de libre nombramiento y remoción, cuando la ley trata de una protección a los empleados de carrera administrativa.

Además de lo anterior, debe precisarse que el párrafo del inciso 4º, refiere que no se puede modificar la nómina estatal, y en su parte final establece unas excepciones que restringen la vinculación pero no al retiro del personal. En suma la restricción a la modificación de la planta de personal, como establece el artículo 32 de la citada ley, se refiere a la limitación para hacer designaciones y no para disponer retiros del personal.

El artículo 32 de la Ley 996 del 2005, establece una restricción específica que atañe a la vinculación, no al retiro. Es decir, lo que la ley prohíbe es la designación de nuevo personal durante el tiempo de veda, pero no impide desvincular personal como efectivamente se hizo en el caso presente. Y más aún, con las normas excepcionales no se modifican las normas que regulan la desvinculación de los empleados de libre nombramiento y remoción.

En el caso que nos ocupa, no se demostró que la actuación del “INCODER” estuviera inspirada en la cruda desviación de poder, sino que el Tribunal simplemente así lo declaró, en razón a que se desvinculó al señor Roberto Jaramillo en vigencia de la Ley 996 de 2005, argumento éste insuficiente para acreditar que hubo desviación de poder.

EI CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público, omitió contribuir con sus reflexiones para ilustrar mejor esta controversia.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico por resolver, consiste en establecer si se encuentra ajustada a derecho la decisión del Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural “INCODER”, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento del demandante, lo que sucedió mediante la Resolución No. de 0782 de 10 de abril de 2006, proferida por el Gerente General de la entidad, que ha sido acusada.

Para decidir el presente asunto es menester abordar los siguientes aspectos: **1.-** El tipo de vinculación que ostentaba el demandante en el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural “INCODER”; **2.-** Si la prohibición de alterar la nómina en época preelectoral, por disposición de la Ley 996 de 2005, de garantías electorales, comprende los cargos de libre nombramiento y remoción, y si por tanto hubo ilicitud y desviación de poder, en la expedición del acto de desvinculación del demandante.

Para desatar la cuestión que exige la atención de la Sala, se encuentran probados los siguientes hechos:

- Copia de la Resolución No. 2046 de 9 de noviembre de 2005, por la cual se nombró al señor Roberto Jaramillo Cárdenas, como Jefe de la Oficina, código 0137, grado 15 de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER (Fl. 4).
- Copia de la Resolución No. 0782 de 10 de abril de 2006, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Jefe de la Oficina, código 0137, grado 15, de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER (Fl. 6).
- Se allegó el Oficio del 14 de junio de 2006 expedido por el Gerente General encargado del INCODER, mediante el cual se decidió el recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 0782 de 10 de abril de 2006 (Fl. 12).

1.- El tipo de vinculación laboral del demandante en el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural - INDER.

Cuando se produjo el retiro del empleado de la entidad demandada, el señor Roberto Jaramillo Cárdenas, desempeñaba el cargo de Jefe de la Oficina, código 0137, Grado 15, de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER.

El acto administrativo, esto es la Resolución No. 2046 del 9 de noviembre de 2005, textualmente reza:

“ARTÍCULO PRIMERO- Nombrar al Doctor ROBERTO JARAMILLO CARDENAS, identificado con la cedula de ciudadanía número 14.224.995 expedida en la ciudad de Ibagué (Tolima), para que desempeñe el cargo de libre nombramiento y remoción como JEFE DE OFICINA, código 0137, Grado 15, de la planta Global de Personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER, en la OFICINA DE ENLACE TERRITORIAL N° 5 con sede en la ciudad de Ibagué (Tolima), con una asignación básica mensual de \$3.087.923”(resaltado fuera del texto).

Se colige de lo anterior que el cargo desempeñado por el demandante, era de libre nombramiento y remoción, designación que tiene amparo normativo en el artículo 125 de la Constitución Política¹¹. Este precepto, establece como regla general que los servidores del Estado sean incorporados mediante el sistema de méritos y además que permanezcan en el cargo, mientras no hayan incurrido en las causales específicas de retiro previstas por el legislador. No obstante, la Constitución también prevé que los directores y responsables de las instituciones, pueden rodearse de personas de su entorno más próximo, es decir de toda su confianza, quienes encarnan y materializan las políticas administrativas y las estrategias del director para el desarrollo de la misión institucional, por lo que el manejo de este grupo especial de personas de confianza debe ser flexible. Por lo que acaba de decirse, la Constitución y la ley han previsto que algunos cargos deban ser de libre nombramiento y remoción, lo cual implica que su permanencia responda a la discrecionalidad del presidente, director, responsable o gerente de la entidad, con amparo en el citado artículo 125 de la Carta.

¹¹ "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (...)"

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la posibilidad de que haya empleos de libre nombramiento y remoción, cuyos titulares, por carecer del privilegio de estabilidad, y por no ser de carrera, pueden ser retirados del servicio mediante actos discrecionales no motivados. Así en la sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, esa Corporación dejó sentado:

"En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador

De otro lado, el artículo 107 del Decreto No. 1950 de 1973, otorga al nominador la potestad discrecional de poner fin a la relación laboral; dispone la norma que:

"En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados."

Entonces esa facultad discrecional permite que los empleados de libre nombramiento y remoción puedan ser retirados de sus funciones, con el fin de garantizar el buen servicio público, es decir, ese vínculo no genera ningún tipo de estabilidad, a excepción de la existencia de una limitación de orden legal, la cual debe ser alegada y demostrada, cuando el asunto transita al examen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ahora bien, el examen de las pruebas señala nítidamente que el demandante desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción, es decir que no pertenece a la carrera administrativa y por lo mismo carece de estabilidad. En armonía con lo dicho, una ley creada con el propósito de proteger a los funcionarios de carrera en principio no podría crear estabilidad a los funcionarios que carecen de ella.

2.- La incidencia de la Ley 996 de 2005, de garantías electorales, y si hay discrecionalidad para el retiro de empleados de libre nombramiento y remoción en época preelectoral.

En los términos establecidos en el artículo 84 del C.C.A., esta causal de anulación de los actos, impone analizar la legalidad de los actos desde su propia finalidad. Al respecto, reitera ahora la Sección, lo dicho en la sentencia de 12 de febrero de 2009, C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 3009-2004, actor: Ángel Ovidio Buitrago Leguizamón, providencia en la que se dejó sentado lo siguiente:

“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.”.

Con base en las anteriores premisas, la Sala abordará el cargo de desviación de poder de que se acusa a la Administración y que fuera alegado por el demandante.

En términos generales, el fenómeno de la desviación de poder puede presentarse inclusive en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues esta prerrogativa, la discrecionalidad, no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder las directrices y principios previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro de un funcionario, que carece de estabilidad esté inspirado en razones del buen servicio¹².

Para decidir este asunto corresponde fijar el exacto sentido de la expresión “elecciones a cargos de elección popular” a que alude el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, para averiguar si el periodo que impone una interdicción para hacer nombramientos comprende absolutamente a todos los certámenes comiciales que se celebran en la República, o tiene un alcance menor, y si se extiende a los empleos de libre nombramiento y remoción. El epígrafe que distingue el objetivo de la norma, es decir de la Ley 996 de 2005, busca reglamentar “...a elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”. El

¹² Al respecto, dispone el artículo 36 del C.C.A.: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

propósito que inspira la expedición de la ley se enuncia en el artículo 1º, según el cual:

“La presente ley tiene como propósito definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición”¹³

Mediante el Acto Legislativo 02 del 27 de diciembre de 2004, se modificó la Constitución Política de 1991, para dar paso a la Reelección del Presidente y Vicepresidente de la República. Como complemento de dicha reforma a la Carta se vio la necesidad de restringir y regular la participación de los servidores públicos, mediante la introducción de prohibiciones absolutas de participación política. De la misma manera era imprescindible tomar en cuenta que si el Presidente y Vicepresidente de la República eran candidatos a la reelección debían establecerse normas especiales.

En un intento de preservar la igualdad entre el candidato Presidente de la República y los demás ciudadanos que aspiraran a ocupar esa dignidad, el artículo 4º del Acto Legislativo 02 de 2004, dispuso la expedición de una Ley estatutaria, adicionado el artículo 152 de la Constitución. Dicha norma preceptúa:

“Adicionase al artículo 152 de la Constitución un literal f) y un párrafo transitorio así: (...) f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley. PARAGRAFO TRANSITORIO. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o de marzo de 2005, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República. (...)”

¹³ La norma comentada fue sometida al examen de constitucionalidad, el que superó exitosamente pues su espíritu se acompasaba con la enmienda constitucional, es decir con el Acto Legislativo 02 de 2004. Dijo la Corte Constitucional cuando examinó el precepto: “Así las cosas, el campo de aplicación que el proyecto de ley estatutaria describe en su primer artículo no excede el espectro jurídico fijado por la Constitución Política pues ésta le encomendó a la ley estatutaria que fijara las pautas de equilibrio electoral en todo tipo de elecciones presidenciales, incluso en las que el presidente decida no proponer su nombre para una reelección” (Sentencia C-1153 de 2005).

El constituyente derivado, consciente de la alteración objetiva de las condiciones de igualdad entre el ciudadano Presidente y los demás Colombianos que disputaran el favor electoral, intentó rodear garantías y dispuso algunas restricciones. A pesar de que la reelección presidencial fue el motor de la expedición de la ley de garantías electorales, y la reforma constitucional que la antecedió, la finalidad de un estatuto de ese linaje debe ir más allá en la búsqueda afanosa de proscribir las maniobras políticas que buscan poner los cargos públicos al servicio de causas electorales. El Acto Legislativo 02 de 2004, en el párrafo transitorio del artículo 4º, mandó que el legislador interviniera, y no de cualquier modo, sino con la expedición de una Ley Estatutaria que atendiera a las nuevas necesidades creadas con la expedición del Acto Legislativo 02 de 1994. Según el literal f) del artículo 152 de la Constitución, una Ley estatutaria debía atender “entre otras” materias, la regulación de la “*participación en política de servidores públicos*”, lo que evidencia que la reforma constitucional buscó controlar el fenómeno por medio del cual el servicio público pueda ser usado para inclinar la voluntad electoral y menguar la legitimidad de todo tipo de elecciones, en tanto el manejo de la planta de personal puede ser usado para incidir en los resultados electorales, con lo cual se irroga grave perjuicio a la democracia.

Así las cosas, estas normas que depuran los procesos electorales, desarrollan importantísimos principios de ética política y por lo mismo su aplicación extensiva a todos los procesos electorales favorece la democracia, en la medida en que introduce transparencia en los certámenes comiciales alejando estrategias, conductas y costumbres que conspiran contra la pureza del sufragio. La reelección presidencial ponía en un riesgo mayor la dignidad del voto, por ello el legislador al expedir la Ley 996 de 2005, siguiendo el mandato del Constituyente, en el artículo 1º, no se circunscribía la Reelección del Presidente y Vicepresidente de la República. Así, en la definición de los objetivos de la Ley claramente se dijo que ella “*Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición*”. Por consiguiente, el objeto de la ley comentada no quedó reducido a los comicios para Presidente y Vicepresidente de la República, sino que es aplicable a todos los certámenes electorales, es decir a los comicios para el Congreso de la República, Gobernaciones, Alcaldías, Asambleas, Concejos y Juntas Administradoras Locales.

El rastreo de los antecedentes del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2006, revelan que en el Acta de Conciliación al Proyecto de Ley 216 de 2005 Senado,

352 de 2005 Cámara, los miembros de la comisión de conciliación informaron a los Presidentes de ambas Cámaras, que adicionaban una propuesta para que los Gobernadores, Alcaldes Municipales, Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, tuvieran las mismas limitaciones claras y expresas para la contratación, vinculación, inauguración de obras públicas, utilización de bienes muebles e inmuebles de sus respectivas entidades, lo que indica que aquellos funcionarios quedaban cobijados por las restricciones para la vinculación de personal. En la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes de 14 de junio de 2005, se propuso incluir a los gobernadores y alcaldes municipales y distritales en las prohibiciones en la etapa preelectoral de cualquiera de los cargos de Presidente, Vicepresidente, Congreso, concejales y asambleas.

Estos antecedentes, de los que en el pasado se ha valido el Consejo de Estado¹⁴, como referente sobre la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 996 de 2005, que el inciso final del artículo 38, prohíbe modificar la nómina de los entes territoriales dentro de los cuatro meses que preceden “a las elecciones a cargos de elección popular”, comprende las elecciones a los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, y los demás cargos de elección popular, esto es Congresistas, Gobernadores, Alcaldes Municipales o Distritales, Diputados a las Asambleas Departamentales, Concejales Distritales o Municipales y Miembros de Juntas Administradoras Locales.

De otro lado, la Ley Estatutaria No. 996 de 2005, justamente en el inciso final del párrafo del artículo 38, fue estudiada por la Corte Constitucional¹⁵ que en el examen de constitucionalidad de la ley expresó los siguientes razonamientos:

“b. Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos (...) La Sala observa que todas las limitaciones previstas en el artículo 38 están claramente encaminadas a garantizar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución, en particular la moralidad, la imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones. En esa medida, en términos generales, el artículo 38 no contraría disposición alguna de la Carta, sino que la desarrolla. (...) Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, 18 de octubre de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00420-02(00420), Actor: Dohor Edwin Varón Vivas, Demandado: Gobernador del Departamento del Tolima, Anuló una designación.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.

Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos. Por tanto, el inciso cuarto del párrafo del artículo 38 será declarado exequible”

Habiéndose aclarado que la prohibición consagrada en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, aplica para los cargos de elección popular, y que entre ellos se cuenta la elección de Senadores de la República y de Representantes a la Cámara, no hay duda que los gobernadores de departamentos están llamados a respetar la prohibición de no modificar la nómina de su respectiva entidad, dentro de los cuatro meses anteriores a la elección del Presidente de la República, del Vicepresidente y de los Congresistas, restricción que como es natural, al ser desconocida en el acto aquí demandado conduce a la invalidación de la respectiva actuación administrativa por configurarse la causal de nulidad de infracción de normas superiores contenida en el artículo 84 del C.C.A., modificado por el Decreto No. 2304 de 1989 artículo 14.

La desviación de poder no resulta extraña a los actos administrativos de naturaleza discrecional, por eso, se ha dicho que tal prerrogativa no puede ser fuente de iniquidad, si es que el acto discrecional encubre una actuación guiada por fines ilegales, o excede las razones que inspiran su existencia en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es

preciso que el retiro esté inspirado en razones que apunten al buen servicio¹⁶, lo que en este caso tampoco quedó demostrado, ni siquiera insinuado en la actividad probatoria.

En el pasado la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha anulado designaciones hechas en periodo preelectoral¹⁷, este precedente se ratifica ahora¹⁸, bajo la consideración de que la restricción impuesta en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, podría ser burlada, si es que se acude al expediente de sustituir empleados de libre nombramiento y remoción, para reemplazarlos por otros, pues la importancia y número de estos cargos, constituiría una posibilidad de eludir los fines de la norma, en particular si se considera que los demás empleados están protegidos por la estabilidad que es propia del régimen de carrera, por lo que la vulnerabilidad en etapas de agitación electoral recae con énfasis en los servidores de libre nombramiento y remoción.

Esta restricción para depurar el ejercicio democrático en épocas preelectorales, ha sido tan celosamente resguardada, que ni siquiera es posible llenar las vacantes en cargos recientemente creados. Así se expresó la Sala de Consulta y Servicio Civil, al ser inquirida sobre el alcance de la limitación:

“En vigencia de las restricciones impuestas por el artículo 32 de la ley 996 de 2005 se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante el término allí previsto, lo cual incluye los nombramientos para proveer cargos creados por primera vez. Tales cargos, en los términos expuestos en este concepto, en manera alguna pueden considerarse “vacancias definitivas” que puedan ser provistas.”¹⁹

¹⁶ Al respecto, dispone el artículo 36 del C.C.A.: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, Sentencia 18 de octubre de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00420-02(00420), Actor: Dohor Edwin Varón Vivas, Demandado: Gobernador del Departamento del Tolima, Anuló una designación.

¹⁸ En el mismo sentido puede citarse la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejera ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, Sentencia de 10 de mayo de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00419-01(0419)

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, Concepto de 18 de febrero de 2010, Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00006-00(1985)A, Actor: Departamento Administrativo de la Función Pública, Referencia: Función Pública. Ley 996 de 2005. Prohibiciones temporales para provisión de cargos públicos.

Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, caso en cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si un funcionario de libre nombramiento y remoción interviene abiertamente en política y se compromete la transparencia electoral que la misma ley pretende evitar.

Entonces, acertó el Tribunal al acoger las pretensiones de la demanda, pues no podía el nominador, así se tratase de un cargo de libre nombramiento y remoción, superar las limitaciones impuestas en la ley de garantías electorales para modificar la nómina de los servidores públicos comprendidos en la limitación.

Por lo dicho se confirmará la decisión impugnada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 30 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por Roberto Jaramillo Cárdenas contra el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural – Incoder y Juan Luis Toro Isaza, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA